

论止付令的法律性质

杨帆

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

[摘要]信用证欺诈和独立担保欺诈的救济手段之一是发布止付令,我国在2005年也通过司法解释引入了中止支付程序。然而对于止付令的法律性质仍有不同看法。本文通过分析认为止付令在英美法系国家表现为禁令,在大陆法系表现为假处分,而在我国的现行法律体系中则应当归入财产保全的范畴。

[关键词]止付令;中止支付;信用证欺诈;法制变迁

止付令是针对信用证和独立担保欺诈的一种常用的救济形式。由于信用证和独立担保是在单据而非货物的基础上来运作的,而单据又极其容易伪造,因此,信用证和独立担保常常会受到欺诈的威胁。一旦信用证或独立担保项下的款项被伪造的单据兑付,它们就可能永远也找不回来。所以在欺诈案件中银行和开证申请人首先关心的是被欺诈的财产不消失,止付令也就成了主张信用证欺诈的人(开证申请人或开证人)寻求的主要救济手段。

最高人民法院在2005年10月24日通过,2006年1月1日起施行的司法解释《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》中首次在我国引入了止付令程序。该司法解释第九条规定开证申请人、开证行或者其他利害关系人发现有欺诈情形的,并认为将会造成难以弥补的损害时,可以向有管辖权的人民法院申请中止支付信用证项下的款项。但是该司法解释对上述止付令的法律性质没有加以确定,而明确止付令的法律性质至少有两个方面的意义:第一,可以确定该司法解释是否有越权之嫌。如果止付令在法律性质上属于我国《民事诉讼法》已经规定的诉讼程序,那么该解释就可以看作是对现行法律的细化,否则就可能是突破现行立法。第二,明确止付令的法律性质有助于与止付令有关的法律适用。虽然该司法解释引入了止付令,但并没有对其规定的面面俱到,对于止付令程序与诉讼程序的关系,损失赔偿等问题还是要依靠民事诉讼法的一般规定来加以解决,而明确其法律性质就可以明确应当适用哪些一般规定。

一、英美法系:禁令

1941年的 *Stein v. J. Henry Schroder Banking Corp* 案是美国第一个因信用证欺诈而由法院下达止付令的案件。该案中,买方指控卖方(受益人)欺诈,付运的是废物(羊毛)而不是买卖合同的货物(猎鬃),Shientag法官认为本案不是买卖双方之间关于仅仅违反货物质量担保的争议,而是卖方故意没有装运任何买方购买的货物,卖方是一种欺诈行为,在这种情况下,信用证开证行的责任的独立原则就不应该被扩展到保护不道德的卖方。结果法院支持买方的请求发出了禁令,不准开证银行在信用证之下支付在印度的受益人。该案首开法院下令禁止银行根据信用证规定向受益人付款之先河。自此以后,英美法逐步确定了可以通过禁令寻求信用证欺诈救济的规则。

英美法上的禁令是一种法院命令,它指示某人实施某种行为或一系列行为,或禁止这样做。在诉讼中,当原告证实对其法律权益的侵害由持续的危险或损害赔偿不能像要求采取补救

行动一样有效地补救不法行为之时,即可发布禁令。中间禁令是信用证诉讼中最常用的禁令,它发展起来的主要目的是防止继续性的伤害或者是形势的变化使得原告最后难以获得救济。法庭一旦发布了禁令,当事人就必须遵照执行,如果不遵守禁令可能受到民事或刑事藐视法庭罪的惩罚。

由于禁令是一种针对人的临时性司法措施,它可以禁止银行支付信用证项下的款项,因此成为了对付信用证欺诈的有力武器。当然在美国法院只有在特别的情况下作为非常重要的例外才给予主张信用证欺诈一方以禁令救济。要求给予禁令的举证标准很高。

二、大陆法系:假处分

大陆法系的国家同样也不得不面对信用证欺诈所带来的挑战,而以德国为代表的大陆法系国家所采用的武器是假处分。在德国法下,“如就信用状为请求,显属一种权利滥用。如:交付一显然与履行契约不适合之货物(箱中填装石块)”。当然银行并无义务在此种情形自行提出诈欺之抗辩,其大可主张与买卖交易毫不相干,因此必须予买方以机会,藉假处分之助行使本身之权利,以阻止信用状金额之支付。“在这种情况下”如买方有意要求卖方放弃信用状之权利,则应考虑假处分 *einstweilige Verfügung* 之问题”。

所谓的假处分是指“债权人就金钱以外之请求,因请求标的之现状变更,日后有不能强制执行或甚难执行之虞,欲保全强制执行,由法院准许债权人申请所为暂时性之处分措施”。信用证欺诈为何可以运用假处分来救济呢?首先,假处分申请的前提是申请人对被申请人有金钱以外之请求。在大陆法系项下,信用证欺诈被看作是权利滥用,受欺诈的开证申请人所请求的是法院判决被告“失权”,即丧失信用证项下的付款请求权。开证申请人的这项请求并未要求受益人给付金钱,因此属于金钱之外的请求权。其次,要申请假处分必须“有日后不能强制执行或甚难执行之虞”。在信用证欺诈中,如果不进行保全,受益人一旦兑付信用证下款项之后,日后肯定难以再执行。所以,这项条件也是符合的。最后,假处分的具体内容可以由法院自由裁量,它包括但不限于命令对方当事人一定行为或禁止对方当事人一定行为。因此,假处分可以中止受益人向银行行使其付款请求权。所以我们可以看出在大陆法系中可以通过假处分来达到信用证止付的目的。

三、中国法项下止付令的性质

(一)制度的变迁

1.冻结及其问题

信用证欺诈是世界性的问题,而中国对于这个问题最早的应对措施是财产保全中的冻结。最高人民法院在1988年12月《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》中指出:“根据国际国内的实践经验,如有充分证据证明卖方是利用签订合同进行欺诈,且银行在合理的时间内尚未对外付款,在这种情况下,人民法院可以根据买方的请求,冻结信用证项下货款。”

然而,在中国法院运用民事诉讼法中的现成武器——冻结来应对信用证欺诈的时候,却遇到了一系列的问题。《纪要》要求法院冻结“信用证下的货款”,但是到底什么是“信用证项下的货款”?作为法院来说其第一选择是冻结信用证的开证保证金,实践中通常也是冻结这部分资金。最高人民法院还专门出了相关的司法解释。但是由于开证行是信用证项下的第一付款人,并不因为保证金的多少或有无而影响其承担付款责任,即使保证金被冻结,银行仍需先以自己的资产对外付款,这样的冻结起不到中止银行付款的作用。法院的第二个选择是冻结开证行的资产,使银行不能履行付款义务。但是银行并非案件的当事人,法院不能冻结其财产。而且法院不可能冻结银行的所有财产,那样银行无法经营下去,而只要银行还有财产,不论在国内和国外,其就应当承担信用证下的付款责任。其实关键的问题就在于在信用证交易中,银行承担绝对的付款义务,如果法院只是冻结资金,而不是解除开证行的付款义务的话,不管冻结的是哪个账户的款项,开证行仍有对外付款的义务。

2.关于止付

基于冻结程序的上述问题,学者们在一定程度上达成了共识,即为了防止信用证欺诈,法院所要做的停止支付而不是冻结。人民法院也意识到了这个问题,对信用证项下措施的表述也逐步发生变化。到了1998年最高人民法院副院长李国光的一篇讲话中,相关的表述已经变成了“止付信用证项下款项”,2003年最高人民法院出台了《关于严禁随意止付信用证项下款项的通知》,随后的表述都全部是止付而不是冻结了。

虽然在止付问题上已经达成了共识,但是在如何止付,止付的法律依据和法律性质是什么的问题上还是有不同意见的。第一种意见认为:为了达到止付的效果,应当从英美法系国家引进“禁令”程序;第二种意见则认为:止付裁决要求银行停止支付某一信用证项下的货款,因而是一种行为保全,其针对的是银行的行为而不是财产,不同于我国法律上的财产保全,但行为保全说和禁令说同样存在的问题是我国法律上并没有关于行为保全的规定。

最高人民法院于2005年10月24日通过了《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》,其中明确规定了中止支付程序,而对于其性质,最高法院在同时出台的《说明》中有所涉及。首先,最高法院认为中止止付程序不是英美法系上的“禁令”,我国的法律没有规定“禁令”程序。其次,最高法院在声明中称“人民法院裁定中止支付信用证项下款项有关条件和程序的规定,基本上是根据我国《民事诉讼法》关于‘财产保全’的规定设置的,同时根据信用证纠纷案件的特殊情况,作了部分变通”。这说明最高法院参照财产保全的程序设计了止付程序,至于止付到底是财产保全还是其他程序,其并没有得出结论。

(二)性质辨析

那么止付令在中国法项下究竟处于什么样的法律地位呢?

首先,止付令是一项临时性救济措施。止付令是在开证申请人、开证行或者其他利害关系人受到欺诈,而且认为将会给其造成难以弥补的损害时申请人民法院中止信用证项下款项支付的程序。其并不是最终的终止支付判决,只是在诉讼前或诉讼过程中为了保护当事人利益的一项临时措施。

在我国的民事诉讼法当中,临时救济措施只有两项即民事诉讼法第九章规定的财产保全和先予执行。而中止支付程序显然不是先予执行。因为先予执行是指人民法院在判决之前,为解决权利人生活或生产经营急需,裁定义务人预先履行一定义务的制度。他的目的主要是为了解决当事人生活或生产上的迫切需要。信用证的止付令程序却与之大相径庭,其目的是为了防止当事人受欺诈而未来无法救济,即使法院做出了中止止付的裁定,当事人在诉讼结束之前也难以取得财物或资金,其对当事人现时的生产生活需要并无任何帮助。所以止付令程序不是先予执行。

那么止付令是不是财产保全呢?这里涉及到几个问题:

1.是否只有涉及金钱请求的案件才能申请财产保全

有的学者认为我国的财产保全制度只能适用于涉及金钱请求的案件。而在信用证止付案件中原告并没有要求被告向其给付一定金钱,其只是要求法院中止信用证项下货款的支付。因此,信用证止付程序不是财产保全。

就一般情况来说,似乎确实如此。但是在适用法律时,理论只是一种参考,最重要的还应当是法律条文,而如果回到法条原文,我们却发现我国的民事诉讼法中并没有这项要求。我国民事诉讼法第九十二条规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定”,从法条本身出发,其对财产保全的范围规定的相当宽,它并没有要求财产保全只能适用于金钱请求案件,其规定申请财产保全的条件是“判决不能执行或难以执行”,而对于到底是金钱给付案件还是其他类型的案件则没有设定任何限制,因此,如果非金钱给付请求的案件能够通过财产保全来加以救济的话,同样可以申请保全。特别是在中国还没有行为保全制度可以适用的情况下,就更不能把财产保全限定在金钱给付案件。

2.财产保全措施的对象是否只能针对物

有学者认为财产保全具有对物性,其只能针对物,不能针对权利、行为和法律关系,因此信用证止付裁定不属于财产保全。但是,根据民事诉讼法第九十二条至第九十四条的规定,我国的财产保全的对象并不是物这个概念,而是所谓的财产。财产就不一定仅仅局限于物,法律上的财产应当是指“财产权”,即具有直接的经济内容的权利,包括物权、债权、知识产权、继承权、经营自主权和物质帮助权,这些权利可以直接或间接成为有形的财物。

而且最高人民法院对于财产保全的司法解释已经突破了简单的物和有形财产的范围。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第104条规定,“人民法院对债务人到期应得的收益,可以采取财产保全措施,限制其支取,通知有关单位协助执行”。第105条规定“债务人的财产

不能满足保全请求,但对第三人有到期债权的,人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿”。从这两条可以看出,我国法律中的财产保全已经扩展到对债权的保全,这些在一定程度上也可以看成是一种止付形式。而就信用证止付令而言,我们不当仅仅简单地把它看作是法院对银行中止止付行为的命令或保全,而可以看作是对受益人的对银行债权的保全,法院中止的并不是银行的支付行为,而是受益人的付款请求权,当然银行有义务协助执行。如果从这一角度来看,止付令就可以看作是对债权的保全,从而归入财产保全的范畴。

3. 止付令程序满足财产保全的其他要求

财产保全还有其他的要求而止付程序均能满足。首先,财产保全必须是在“判决不能执行或者难以执行”的情况下才能申请。信用证止付是在发生信用证欺诈的情形下才会申请,其目的就是防止在受益人取款后难以得到救济,如果受益人已经取得款项而消失在茫茫人海中,将来的判决定然难以执行,因此其属于判决不能执行或难以执行的情况。其次,财产保全限于请求的范围或与本案有关的财物。信用证欺诈的诉讼当事人的最终请求是彻底终止或消灭受益人的付款请求权,而止付程序保全的也是受益人的付款请求权,因此其显然属于请求范围之内。最后,财产保全采取查封、扣押、冻结或法律规定的其他方法。止付令虽然不是采用的是查封、扣押和冻结的方法,但是如果把最高人民法院的司法解释看作是效力较低的法律渊源的话,那么止付就可以看作是法律规定的其他方法了。

通过上述几个问题的分析,我们可以发现在中国现行法律下,严格的从法条文本出发,止付令的法律性质是可以定性为财产保全的。

四、结语

通过上文的论述,我们可以得出几个结论:

第一,止付令的法律性质在英美法系中是禁令,在大陆法系中是假处分,而在中国现行法律下则可以看作是财产保全。止付令作为财产保全的一种,说明最高人民法院通过司法解释对中止支付程序的引入基本上是对现行法律的解释和细化而不是一种违背和突破。而且说明在中止支付程序的适用中没有特别规则的时候可以援引财产保全的一般规定。比如如果人民法院在裁定中止支付后15天,申请人没有起诉的,按照财产保全的一般规定,人民法院应当解除止付令。再比如如果当事人申请中止支付有错误的,应当赔偿受益人因此而遭受的损失。

第二,从上述止付令的有关论述中我们可以发现止付程序实际上是法制变迁过程的一个例证。首先是社会的发展出现了一个新的社会问题即信用证欺诈需要法律加以解决,各国先从我自己原有的法律框架中寻找解决的办法,英美法系的国家使用的是禁令程序,而大陆法系国家则运用既有的假处分程序。但在中国,为了应对信用证欺诈,首先从现有的法律中运用冻结这一制度武器,可是发现解决不了问题。于是只能通过解释现行立法,引入中止支付程序来加以解决。现在问题基本能得到解决,假设其还不能解决问题的话,就要修改民事诉讼法,引入禁令或行为保全的相关程序。所以我们可以发现法制发展的一

般路径是:1.新的社会问题或社会关系的出现——2.用现有法律加以解决——3.解释或变通现有法律来解决——4.当现有法律实在难以容纳现在的社会关系或解决社会问题时就必须修法或重新立法。

[注释]

关于独立担保的止付令救济参见李国安.独立担保欺诈例外法律问题研究.现代法学.2005.3.97—102.

《最高人民法院关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定》法释[1997]4号。

参见金赛波,李健著.信用证法律.北京:法律出版社,2004.4.版,789;王羽中.冻结信用证项下货款的几个法律问题.新金融.1996,(6)19—21;余少峰,曾建敏.论我国“冻结信用证项下款项”制度存在的缺陷与完善.衡阳医学院学报.2000.5.7—10;凌祁漫,施适.跟单信用证司法保全问题刍议.现代法学.1999.8.127—129.

《中华人民共和国民事诉讼法》第92条。

《中华人民共和国民事诉讼法》第94条第1款。

《中华人民共和国民事诉讼法》第94条第2款。

细节上还是有所突破的,比如在中止支付程序增加了复议制度。这是财产保全程序中所没有的。

[参考文献]

- [1]杨良宜.信用证[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2]金赛波,李健.信用证法律[M].北京:法律出版社,2004.
- [3]张鹏,张蕊.信用证止付与我国立法实践[J].河西学院学报.22卷(1):7—9.
- [4]杰弗里·C·哈泽德,米歇尔·塔鲁伊.美国民事诉讼法导论[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [5]余少峰,曾建敏.论我国“冻结信用证项下款项”制度存在的缺陷与完善[J].衡阳医学院学报,2000(5):7—10.
- [6]江锦莲,重构我国信用证欺诈例外制度的若干问题研究[J].商业研究,2004(4):146—149.
- [7]Johannes C. D. Zahn.信用状论——兼论托收与保证[M].台北:中华企业管理发展中心,1981.
- [8]蒋吉才,危红.论我国民事诉讼行为保全制度的建构[J].广西政法管理干部学院学报,2004(3):76—82.
- [9]陈莹.我国民事诉讼行为保全制度初探[J].福建政法管理干部学院学报,2003(1):81—84.
- [10]王羽中.冻结信用证项下货款的几个法律问题[J].新金融,1996(6):19—21.
- [11]刘能华,孙春辉.信用证欺诈例外制度与我国的司法实践[J].2006(1):87—90.
- [12]凌祁漫,施适.跟单信用证司法保全问题刍议[J].现代法学,1999(8):127—129.
- [13]钟乐.信用证欺诈的司法保全[J].西南民族学院学报·哲学社会科学版,2002(9):100—103.
- [14]齐树洁.民事诉讼法[M].厦门大学出版社,2003.
- [15]杨春华.财产保全的功能界定与思考[J].政法论坛.2007,(3):159—165.

[作者简介]杨帆,厦门大学法学院国际法专业硕士研究生。